



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 15586.720434/2014-77
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1003-002.847 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Turma Extraordinária
Sessão de 10 de fevereiro de 2022
Recorrente ZEN INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA - EPP
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2011

NULIDADE NÃO EVIDENCIADA.

As garantias ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes foram observadas, de modo que não restou evidenciado o cerceamento do direito de defesa para caracterizar a nulidade dos atos administrativos.

ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO DE EXCLUSÃO. GRUPO ECONÔMICO DE FATO. INTERPOSTA PESSOA.

A exclusão do Simples Nacional dá-se de ofício mediante ato declaratório quando a pessoa jurídica optante ocorrer na sua constituição por interpostas pessoas evidenciando a formação de grupo econômico de fato, circunstância esta comprovada pelo acervo fático-probatório.

EFEITO DA EXCLUSÃO.

A exclusão do Simples Nacional produz efeito a partir do próprio mês da ocorrência do fato, quando a Recorrente fica sujeita às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas, nos termos expressamente contidos na legislação tributária.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar suscitada e, no mérito, negar provimento ao Recurso Voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça - Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça, Márcio Avito Ribeiro Faria, Carmen Ferreira Saraiva (Presidente).

Fl. 2 do Acórdão n.º 1003-002.847 - 1ª Seção/3ª Turma Extraordinária
Processo nº 15586.720434/2014-77

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra decisão proferida no Acórdão nº 16-72.079, proferido pela 8ª Turma da DRJ/SPO, que, por unanimidade de votos, julgou improcedente a manifestação de inconformidade, mantendo o Ato Declaratório de Exclusão da Recorrente do Simples Nacional.

Os fatos iniciais constam do relatório do referido Acórdão, que reproduzo a seguir:

“Trata o presente processo de manifestação de inconformidade contra o Ato Declaratório Executivo - ADE DRF/VIT/ES nº 67/2014 (fls. 255), que excluiu a contribuinte do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições, devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES NACIONAL, a partir de 01/01/2011.

Em auditoria fiscal anteriormente realizada entre 2011 e 2012 (processo nº 15586.720522/2012-15), ficou constatada a FORMAÇÃO DE GRUPO EMPRESARIAL, incluindo o sujeito passivo ZEN INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA - EPP, liderada pela empresa HOUSE CONFECÇÕES LTDA, com o objetivo de se beneficiar indevidamente do SIMPLES NACIONAL, instituído pela Lei Complementar nº 123, de 14.12.2006.

Naquela ocasião, a fiscalização apurou os seguintes fatos (fls. 96/181):

- Através de diligências externas e do cruzamento de informações obtidas nos sistemas da Receita Federal, foram constatados indícios de FORMAÇÃO DE GRUPO ECONÔMICO, com SIMULAÇÃO por parte da empresa HOUSE CONFECÇÕES LTDA, para diluir sua Receita Bruta, Movimentação Financeira e Capital Social entre vários CNPJ (matriz), utilizando-se parentes, empregados e demais pessoas, os quais figuram como interpostas pessoas das empresas do citado grupo econômico.
- Foram selecionadas para fiscalização as seguintes pessoas jurídicas:

Nº	CNPJ	NOME DA EMPRESA	MPF
1	02.860.191/0001-97	HOUSE CONFECÇÕES LTDA	0720100.2011-01741-4
2	04.730.083/0001-25	A G COUTINHO JOUMERO CONFECÇÕES	0720100.2011-01797-0
3	05.364.215/0001-93	BAUNILHA CONFECÇÕES LTDA	0720100.2011-01790-2
4	04.672.015/0001-57	CONFECÇÕES PONTAL DO IPIRANGA LTDA	0720100.2011-01805-4
5	01.399.957/0001-15	CONFECÇÕES PRAÇA OITO LTDA	0720100.2011-01802-0
6	07.571.852/0001-88	COROLLA CONFECÇÕES LTDA	0720100.2011-01792-9
7	08.893.897/0001-17	DOBLO CONFECÇÕES LTDA	0720100.2011-01809-7
8	05.833.242/0001-80	GOL CONFECÇÕES LTDA	0720100.2011-01794-5
9	00.700.089/0001-07	J C COMÉRCIO COMÉRCIO DE CONFECÇÕES	0720100.2011-01806-2
10	05.955.225/0001-15	JARDIM CONFECÇÕES LTDA	0720100.2011-01796-1
11	06.954.305/0001-19	LUCIA RIFFER COMÉRCIO CONFECÇÕES	0720100.2011-01800-3
12	05.340.802/0001-64	MAICKEL COMÉRCIO LTDA	0720100.2011-01793-7
13	05.951.316/0001-82	MAICKEL COMÉRCIO CONFECÇÕES	0720100.2011-01804-6
14	05.880.148/0001-81	MIRELA COMÉRCIO COM DE CONFECÇÕES	0720100.2011-01795-3
15	02.968.672/0001-10	NACIONAL CONFECÇÕES LTDA	0720100.2011-01808-9
16	05.201.663/0001-98	NOVO MILENIO CONFECÇÕES LTDA	0720100.2011-01803-8
17	08.052.718/0001-33	PARATI CONFECÇÕES LTDA	0720100.2011-01798-8
18	05.938.911/0001-88	SANDERO CONFECÇÕES LTDA	0720100.2011-01791-0
19	07.054.181/0001-88	SIENA CONFECÇÕES LDA	0720100.2011-01799-6
20	07.819.317/0001-01	UNO CONFECÇÕES LTDA	0720100.2011-01807-0
21	07.049.340/0001-56	X SHOX CONFECÇÕES LTDA	0720100.2011-01801-1

- O grupo de empresas DISTRIBUIDORA SÃO PAULO teve os seus quadros societários formados por interpostas pessoas, se beneficiando indevidamente do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições

devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES NACIONAL, instituído pela Lei Complementar nº 123 de 14.12.2006.

- O grupo de empresas DISTRIBUIDORA SÃO PAULO foi administrado por EDIVALDO COMÉRIO, CPF 377.025.807-04, sua esposa JORGETE COUTINHO COMÉRIO, CPF 717.854.777-49 e por seus filhos MAICKEL COMÉRIO, CPF 104.989.207-04, MIRELA COMERIO, CPF 105.595.357-40 e MILENE COMERIO, CPF 105.595.397-38. A formação do grupo de empresas teve como único objetivo diluir a Receita Bruta, Movimentação Financeira e Capital Social da empresa HOUSE CONFECÇÕES LTDA entre vários CNPJ (matriz), utilizando-se parentes, empregados e demais pessoas, que figuram como interpostas pessoas das referidas empresas, visando se beneficiar do SIMPLES NACIONAL, fraudando assim a legislação tributária, com a consequente sonegação do Imposto de Renda e das Contribuições Federais devidas.

Foi procedida a exclusão do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte SIMPLES NACIONAL, com efeitos a partir de 01/07/2007, de todas as empresas componentes do grupo empresarial DISTRIBUIDORA SÃO PAULO, inclusive da ZEN INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA (Ato Declaratório DRF/VIT nº 42/2012).

A exclusão produziu efeitos apenas até 31/12/2010.

Na presente auditoria foi constatada situação similar ao verificado anteriormente, ou seja, a utilização das mesmas interpostas pessoas no quadro societário. Também foi verificado que EDIVALDO COMERIO tornou-se o único sócio da empresa ZEN INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA - EPP, em 09/12/2013, bem como das outras empresas do referido grupo, conforme Alterações Sociais registradas no início do ano de 2014 (fl. 89/93).

A empresa apresentou manifestação de inconformidade, alegando em síntese o seguinte (fls. 261/269):

- a) O Termo de Exclusão apenas descreve que a impugnante tem seu quadro societário formado por interposta pessoa. Tal pretensão descrição nada mais é que a transcrição da norma prevista nos artigos legais citados no relatório, o que não significa que houve perfeita descrição dos fatos.
- b) Não basta o Auditor anotar a capitulação da infração e fazer a transcrição do artigo de lei como se fosse a descrição do fato - a capitulação já atinge esse objetivo. Deve especificar de maneira clara o procedimento que considerou impróprio, esclarecendo o correto. *In casu*, o Sr. Auditor fez uso apenas da capitulação da infração para descrever o fato, contrariando frontalmente a legislação e doutrina sobre o tema.
- c) As informações colhidas pelo Auditor Fiscal no bojo do procedimento de fiscalização ainda não concluído contra a Impugnante não podem ser tidas como a necessária fundamentação para este termo de Exclusão, uma vez que sendo um ato acessório praticado no bojo do processo de fiscalização, deve este ato conter a sua motivação específica e necessária para o exercício de defesa da Impugnante.
- d) Assim, cerceou o direito constitucional de defesa da Impugnante, previsto no art. 5º, inc. LV, da CF/88, pois, em virtude da subjetividade da descrição, omitiu possíveis fatos que serviriam de análise na apresentação da presente defesa, dificultando a compreensão da acusação.
- e) Nada restou demonstrado nos autos como motivos para a exclusão do SIMPLES, na medida em que sequer uma linha sobre isso no presente termo.

f) É princípio da norma de criação do SIMPLES que as empresas sejam orientadas antes da lavratura de autos de infração, na forma estabelecida no artigo 55 da Lei Complementar 123/2006, o que não ocorreu no caso dos autos.

g) Faz jus a Impugnante ao cancelamento da punição em tela, vez que patenteada, de forma inexorável, a observância de todas as normas legais que regem a matéria posta sob análise, requerendo assim seja provida a presente impugnação para reformar a decisão que culminou a pena de exclusão à Impugnante do SIMPLES, mantendo a sua adesão consoante os fundamentos expostos acima.

h) A retroatividade aplicada pela decisão ora impugnada não pode ser aceita, na medida em que deve ser observada a ocorrência da presente causa de exclusão somente agora.

i) A redação do texto legal é bem clara no sentido de que os efeitos da exclusão se dá no próprio mês em incorrida a exclusão, e não a hipótese de exclusão como quer crer a decisão impugnada.

j) Os efeitos da exclusão não podem ser desde 01/01/2011 na medida em que a exclusão somente se deu neste mês de Outubro de 2014, sendo assim somente a partir deste mês que a esta poderá se operar.

k) Caso seja mantida a exclusão, requer seja fixado o marco da retroatividade como sendo o mês de Outubro de 2014 como apontado nesta impugnação, por ser medida da mais pura Justiça”.

A 8ª Turma da DRJ/SPO julgou improcedente a manifestação de inconformidade, cuja decisão restou assim ementada:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2011

NULIDADE DO ATO DECLARATÓRIO. FALTA DE MOTIVAÇÃO. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.

A garantia constitucional de ampla defesa, no processo administrativo fiscal, está assegurada pelo direito de o contribuinte ter vista dos autos, apresentar impugnação, interpor recursos administrativos, apresentar todas as provas admitidas em direito e solicitar diligência ou perícia.

INTERPOSIÇÃO DE PESSOAS. OCORRÊNCIA.

A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando a sua constituição ocorrer por interpostas pessoas.

EFEITOS DA EXCLUSÃO.

Quando ocorrer constituição de empresas por interpostas pessoas, a exclusão produzirá efeitos a partir do próprio mês em que incorrida, impedindo a opção pelo regime diferenciado pelos próximos três anos-calendário seguintes.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Sem Crédito em Litígio

Inconformada, a Recorrente interpôs recurso voluntário aduzindo essencialmente as mesmas razões, preliminares e de mérito, expostas na manifestação de inconformidade, acrescentando argumentos na tentativa de descaracterização da formação de grupo econômico, nos seguintes termos:

“(…)

Define-se grupo econômico à luz da legislação trabalhista, portanto, quando uma ou mais empresas, embora tendo cada uma delas personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra (grupo econômico por subordinação). Trata-se de grupo econômico de dominação, que pressupõe uma empresa principal ou controladora e uma ou várias empresas controladas (subordinadas).

Todavia, para a configuração do grupo econômico, deve-se avaliar a existência, em maior ou menor grau, de uma unidade diretiva comum, bem como prova consistente desta existência. Portanto, essencial para a formação de grupo de empresas é que exista uma coordenação interempresarial com objetivos comuns, uma unidade diretiva.

Assim, a direção unitária é o elemento essencial do grupo porque se inexistente, as empresas estariam liberadas para cada uma seguir o seu caminho de acordo com as suas determinações, aspecto que retiraria a integração empresarial necessária para que um grupo possa ser considerado como tal.

A Justiça do Trabalho tem identificado grupos de empresas constituídos informalmente a partir dos seguintes indícios:

(i) a direção e/ou administração das empresas pelos mesmos sócios e gerentes e o controle de uma pela outra;

(ii) a origem comum do capital e do patrimônio das empresas;

(iii) a comunhão ou a conexão de negócios;

(iv) a utilização da mão de obra comum ou outras situações que indiquem o aproveitamento direto ou indireto por uma empresa de obra contratada por outra.

Ora, como temos visto, os requisitos do grupo para os efeitos da CLT não são encontrados no caso dos autos.

Nesse sentido, trilham as decisões mais recentes da própria Justiça do Trabalho sobre o tema: (...)

Como se observa da decisão acima, não basta meras conjecturas acerca da relação entre as empresas para a formação do grupo econômico como no caso dos autos, devendo ser demonstrada a unidade diretiva das mesmas o que está demonstrado não ter existido entre as empresas relacionadas no ato declaratório.

Não obstante isso, nem mesmo o fato dos sócios das empresas relacionadas serem de uma mesma família pode justificar, por si só, a formação do grupo econômico, conforme exemplo do que restou decidido pelo Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região sobre o tema : (...)

Como se observa da decisão acima, não basta para a caracterização do grupo econômico, a identidade familiar dos sócios como alegado na decisão impugnada, devendo para a validação do alegado grupo ser demonstrada a unidade diretiva das empresas, o que não ocorreu na hipótese vertente.

No mesmo sentido, reiteradas decisões administrativas no âmbito da Receita Federal, conforme a decisão abaixo proferida pela Delegacia da Receita Federal de Belo Horizonte : (...)

Assim, não há sequer coincidência de endereços entre as empresas nem muito menos administração centralizada necessário para a configuração do vínculo de grupo pretendido, sendo assim insubsistente tal afirmação do auto de infração.

Ademais, não custa lembrar que a característica mais importante para a configuração do grupo econômico é a centralização das decisões, de forma que todas as pessoas jurídicas sejam administradas e geridas por um órgão diretivo único, o que não ocorre nos autos. (...)

Como se observa, para a caracterização do grupo de empresas, deve estar demonstrada de forma inquestionável a existência de uma administração centralizada, o que não restou demonstrado nos presentes autos.

O fato de serem familiares os sócios das empresas envolvidas, por si só, não faz nascer a existência de um grupo econômico, uma vez que mesmo sendo formado por pessoas de uma mesma família, restou demonstrado que cada uma das empresas é autônoma e independente das demais, sendo cada um dos membros da família o gestor e administrador de sua empresa.

Portanto, eminentes Julgadores, faz jus a Recorrente ao cancelamento da punição em tela, vez que patenteada, de forma inexorável, a observância de todas as normas legais que regem a matéria posta sob análise, requerendo assim seja provido o presente recurso para reformar a decisão que manteve o ato que culminou na exclusão da Recorrente do SIMPLES, mantendo a sua adesão consoante os fundamentos expostos acima”.

Por fim, a Recorrente pleiteou:

“(...) Face a todo o exposto, pelas razões de fato e direito aqui narradas, requer seja conhecido e provido em todos os seus termos o presente recurso voluntário, reformando a decisão recorrida para declarar nulo e ou insubsistente o ato de infração objeto dos autos, declarando a improcedência do ato de exclusão em face da Recorrente na forma da suscitação trazida neste recurso.

Requer, ainda, seja provido o presente recurso para reformar a decisão quanto a retroatividade da exclusão lavrada, fixando o marco como sendo o de Outubro de 2014 em diante, conforme item específico deste recurso”.

É o relatório.

Voto

Conselheira Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça, Relatora.

O recurso voluntário apresentado pela Recorrente atende aos requisitos de admissibilidade previstos nas normas de regência, em especial no Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972. Assim, dele tomo conhecimento.

PRELIMINARMENTE

Inicialmente, a Recorrente alega que o Ato de Exclusão é nulo por ter cerceado seu direito constitucional de defesa, previsto no art. 5º, inc. LV, da CF/88, pois, em virtude da subjetividade da descrição, teria omitido possíveis fatos que serviriam de análise na apresentação da presente defesa, dificultando a compreensão da acusação, vez que a autoridade administrativa *“apenas da capitulação da infração para descrever o fato, contrariando frontalmente a legislação e doutrina sobre o tema”*.

Contudo, em consonância com a decisão de piso, considero não prosperar a arguição da defesa, ante o evidente o liame entre os fatos identificados pela fiscalização e a

previsão legal em que se amparou a Administração para a exclusão da Recorrente do Simples Nacional.

Da Representação para Fins de Exclusão do Simples Nacional (e-fls. 02-05) se extrai a informação de que ficou constatada a formação de grupo econômico com o objetivo de se beneficiar indevidamente do Simples Nacional. Nela estão detalhadamente descritos os motivos e os fatos que determinaram a aplicação do inciso IV, do art. 29, e § 1º, da Lei Complementar nº 123/2006. Assim, referida Representação Fiscal, de 24/09/2014 (fls. 02/05), foi expedido o Ato Declaratório Executivo DRF/VIT/ES nº 67/2014.

Portanto, não há se falar em nulidade do ADE como alegado pela Recorrente, pois somente ensejam a nulidade os atos e termos lavrados por pessoa incompetente e os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa, nos termos dos artigos 10 e 59, ambos do Decreto nº 70.235/72, *in verbis*:

“Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterá obrigatoriamente:

I - a qualificação do autuado;

II - o local, a data e a hora da lavratura;

III - a descrição do fato;

IV - a disposição legal infringida e a penalidade aplicável;

V - a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de trinta dias;

VI - a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.”

“ Art. 59. São nulos:

I os atos e termos lavrados por pessoa incompetente; II os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

§ 1º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam consequência.

§ 2º Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados, e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.

§ 3º Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.”

Destaca-se que o ADE contém todos os requisitos exigidos na legislação, não tendo sido verificada qualquer incorreção nesse aspecto. O contribuinte está identificado e foi devidamente cientificado, o fato foi descrito, foi apontado o enquadramento legal e os motivos que fundamentaram exclusão.

Destarte, no presente caso, não verifico qualquer nulidade formal ocasionada pela inobservância do disposto nos artigos 10 e 59, tampouco dos requisitos constantes do artigo 5º, incisos V e XXXIII. Também não ocorreu qualquer violação ao princípio do contraditório e da

ampla defesa insculpidos no artigo 5º, letra LV da Constituição Federal, posto que, no caso vertente, a Recorrente teve ciência do ato declaratório, sendo-lhe concedido o prazo de trinta dias para a apresentação de manifestação de inconformidade e recurso à decisão de primeira instância

Ora, está claro que Recorrente, notoriamente, compreendeu os motivos de sua exclusão do Simples Nacional e a autoridade fiscal cumpriu as exigências legais para a expedição do ADE. As formas instrumentais adequadas foram respeitadas, os documentos foram reunidos nos autos do processo, que estão instruídos com as provas produzidas por meios lícitos

Assim, não há como consentir com a alegação da Recorrente de nulidade do ADE seja por ausência de descrição dos fatos seja por ausência de motivação ou qualquer outro motivo, pois, conforme amplamente demonstrado acima, a Recorrente possuía inequívoco conhecimento de todos os fatos, motivos e provas que motivaram a expedição do ADE.

Logo, deve ser confirmado o acórdão de piso, cujos excertos seguem transcritos e adotados como complemento às minhas razões de decidir:

“(…)

O Ato Declaratório Executivo DRF/VIT/ES nº 67/2014 foi motivado pela Representação Fiscal lavrada em 24/09/2014 (fls. 02/05), que é a peça inicial do presente processo.

Nela estão detalhadamente descritos os motivos e os fatos que determinaram a aplicação do inciso IV, do art. 29, e § 1º, da Lei Complementar nº 123/2006, que assim dispõem:

"Art. 29. A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando:

IV - a sua constituição ocorrer por interpostas pessoas;

§1º Nas hipóteses previstas nos incisos II a XII do caput deste artigo, a exclusão produzirá efeitos a partir do próprio mês em que incorridas, impedindo a opção pelo regime diferenciado e favorecido desta Lei Complementar pelos próximos 3 (três) anos-calendário seguintes."

Na representação foi mencionado o processo administrativo nº 15586.720522/2012-15, cujos desdobramentos culminaram na exclusão objeto do presente processo.

A seguir reproduzimos parcialmente trecho da representação que deixa claro os motivos do ADE nº 67/2014:

Na presente auditoria, abrangendo o período de **2009 a 2011**, relativamente aos componentes do quadro societário de todos os estabelecimentos acima identificados, integrantes do grupo empresarial DISTRIBUIDORA SÃO PAULO, ficou constatada situação similar ao verificado pela última auditoria, ou seja, **a utilização das mesmas interpostas pessoas no quadro societário**, quais sejam:

Razão Social / CNPJ	Dt Início	Dt Fim	Nome Responsável	CPF	Qualificação
Zen Industria e Confeções de Comercio Ltda – EPP - CNPJ 06.954.305/0001-19	19/11/2007	29/12/2010	JOSE RENATO INACIO	005.124.527-25	SOCIO-ADMINISTRADOR
	19/11/2007	29/12/2010	ANELTON VARNIER COMERIO	058.182.397-59	SOCIO-ADMINISTRADOR
	29/12/2010	22/07/2011	IRACEMA DOS SANTOS RAFAEL	077.064.077-05	SOCIO
	29/12/2010	07/01/2014	LUCIA PIFFER COMERIO	978.080.327-00	SOCIO-ADMINISTRADOR
	07/01/2014		EDIVALDO COMERIO	377.025.807-04	SOCIO-ADMINISTRADOR
	08/01/2014	17/01/2014	LUCIA PIFFER COMERIO	978.080.327-00	SOCIO

Soma-se a isto, o fato de EDIVALDO COMERIO ter assumido como único sócio da empresa ZEN INDUSTRIA E CONFECÇÕES DE COMERCIO LTDA – EPP em 07/01/2014, bem como das outras empresas do referido grupo, conforme Alterações Sociais registradas em Janeiro/2014.

O ato declaratório contém todos os requisitos exigidos na legislação, não havendo que se falar em nulidade por falta de algum elemento essencial. O contribuinte está identificado, o fato foi descrito, foi apontado o enquadramento legal e os motivos que fundamentaram o indeferimento do pedido.

Neste procedimento foi constatada situação similar à descrita em auditoria anterior, não havendo óbice nenhum para que novo procedimento seja realizado. Aliás, tal procedimento, não só pode, como deve ser feito, sob pena de responsabilidade da autoridade administrativa, em face do transcurso do prazo decadencial.

No Decreto nº 70.235/1972 estão previstas apenas mais duas hipóteses de nulidade dos atos processuais, entre os quais se incluem os despachos decisórios, quais sejam, a dos incisos I e II, do artigo 59 do Decreto nº 70.235/72, com as alterações introduzidas pela Lei nº 8.748/93, *in verbis*: (...)

O princípio da ampla defesa e do contraditório está elencado no artigo 5º, letra LV da Constituição Federal, que assim dispõe:

“Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

A simples leitura do dispositivo constitucional demonstra, de pronto, que não ocorreu qualquer violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa nele esculpidos, posto que, no caso vertente, a recorrente teve ciência do ato declaratório, sendo-lhe concedido o prazo de trinta dias para a apresentação de manifestação de inconformidade.

A instauração do contraditório está demonstrada, de modo inequívoco, tendo sido assegurado à contribuinte o direito de apresentar as razões de fato e de direito que militam a seu favor e produzir todas as provas admitidas no direito, para corroborar suas alegações, requerendo, inclusive, a realização de diligências e perícias”.

Por conseguinte, qual afastamento a preliminar de nulidade suscitada pela Recorrente.

MÉRITO

A discussão do mérito restringe-se ao fato de que a Recorrente foi excluída do Simples Nacional em razão de ter sido constatado a formação de grupo econômico de fato, liderado pela pessoa jurídica HOUSE CONFECÇÕES LTDA – CNPJ 02.860.191/0001-97, com o objetivo de se beneficiar indevidamente do SIMPLES NACIONAL, instituído pela Lei Complementar nº 123 de 14.12.2006.

Destarte, de acordo com o constante dos autos, concluiu-se que a formação do grupo de empresas teve como único objetivo diluir a Receita Bruta, Movimentação Financeira e Capital Social da empresa HOUSE CONFECÇÕES LTDA entre vários CNPJ (matriz), utilizando-se parentes, empregados e demais pessoas, que figuram como interpostas pessoas das referidas empresas, visando se beneficiar indevidamente do Simples Nacional, mediante fraude à legislação tributária, com a consequente sonegação do Imposto de Renda e das demais Contribuições Federais devidas.

Tanto em que em razão da exclusão do Simples Nacional, foi instaurado o Processo 15586720.522/2012-15, em 17/12/2012, para cobrança das diferenças de contribuições apuradas a título de IRPJ, PIS, CSLL e COFINS bem como as demais penalidades aplicadas.

Ademais, O Ato Declaratório Executivo DRF/VIT/ES nº 67/2014 foi motivado pela Representação Fiscal lavrada em 24/09/2014 (e-fls. 02/05), que é a peça inicial do presente processo, cujo trecho segue transcrito:

“O grupo de empresas “DISTRIBUIDORA SAO PAULO” teve os seus quadros societários formados por interpostas pessoas (ex-empregados, amigos e parentes) se beneficiando indevidamente do SIMPLES NACIONAL.

Ficou claro que o grupo foi administrado por EDIVALDO COMERIO, CPF 377.025.807-04, sua esposa JORGETE COUTINHO COMERIO CPF 717.854.777-49 e por seus filhos MAICKEL COMERIO, CPF 104.989.207-04, MIRELA COMERIO, CPF 105.595.357-40 E MILENE COMERIO, CPF 105.595.397-38, conforme item 1 do Termo de Verificação de Infração em anexo, constante do Processo 15586720.522/2012-15.

Com isso, as empresas do grupo, identificadas abaixo, usufruíram indevidamente da tributação privilegiada do referido Regime Especial, fraudando, assim, os objetivos sociais do referido Instituto Jurídico, com a conseqüente sonegação do Imposto de Renda e seus reflexos:

(...)

06.954.305/0001-19 ZEN IND. E CONFECÇÕES DE COMERCIO LTDA

Os documentos reunidos pela auditoria anterior, realizada entre 2011 e 2012, confirmaram todas as suspeitas levantadas, corroboradas pelas declarações de EDIVALDO COMERIO em seus depoimentos nos dias 21/03/2012 e 14/09/2012, assim como pelas declarações das interpostas pessoas envolvidas. Tais provas constam do Processo 15586720.522/2012-15”.

Soma-se a isto, o fato de EDIVALDO COMERIO ter assumido como único sócio da Recorrente ZEN INDUSTRIA E CONFECÇOES DE COMERCIO LTDA - EPP em 07/01/2014, conforme Alterações Sociais registradas em Janeiro/2014. bem como das outras empresas do referido grupo denominado Distribuidora São Paulo.

Em tempo, tudo está comprovado documentalmente. Nos termos do acórdão de piso, a fiscalização trouxe aos autos os seguintes elementos de prova para embasar suas conclusões (e-fls. 182/250):

- ✓ Termo de Declaração de Edvaldo Comério, sócio-gerente da pessoa jurídica House Confecções Ltda.
- ✓ Termo de Declaração de Maickel Comério, um dos filhos de Edivaldo.
- ✓ Termo de Declaração de Rivelino Elias Rafael, que exerceu a função de motorista da empresa Zen Indústria e Comércio de Confecções - única fábrica do grupo Distribuidora São Paulo - desde 2007.
- ✓ Termo de Declaração de Aguiel Pereira da Silva, gerente da loja da empresa Maickel Comério, e que trabalhou como gerente da empresa Gol Confecções.

- ✓ Rafael Ribeiro Souza, analista de sistemas na empresa Mavix Security Solutions desde 2011. É amigo da família e não recebeu qualquer quantia para participar do quadro societário das empresas Nacional Confecções Ltda. e Uno Confecções Ltda.
- ✓ Termo de Declaração de Thiago Ribeiro Sousa, que constou no quadro societário das empresas Siena Confecções Ltda e X-Shox Confecções Ltda.
- ✓ Termo de Declaração de Milene Comério, que trabalha no escritório da empresa House Confecções Ltda., e é filha de Edivaldo Comério.
- ✓ Termo de Declaração de Mirela Comério, que trabalha no grupo de empresas da Distribuidora São Paulo, e é filha de Edivaldo Comério.
- ✓ Termo de Declaração de Jorgete Coutinho Comério, que trabalha no grupo de empresas da Distribuidora São Paulo, e é esposa de Edivaldo Comério.
- ✓ Termo de Declaração de Silvano Carlos de Souza, que trabalhou no departamento financeiro da empresa House Confecções Ltda. no período de 1/3/2005 a 1/10/2010, e constou do quadro societário da empresa Parati Confecções Ltda.
- ✓ Termo de Declaração de Maria Coutinho Ribeiro, professora aposentada e cunhada de Edivaldo Comério. Constou do quadro societário das empresas Baunilha Confecções Ltda. Corolla Confecções Ltda. e Sandero Confecções Ltda., mas nunca foi dona ou exerceu cargo de gerência.
- ✓ Novo Termo de Declaração de Edvaldo Comério, sócio-gerente da pessoa jurídica House Confecções Ltda., datado de 14/9/2012.
- ✓ Termo de Declaração de Monica de Souza Machado, contadora que presta serviços para empresas do grupo Distribuidora São Paulo.
- ✓ Termo de Declaração de Josieli Maiolli, que presta serviços para empresas do grupo Distribuidora São Paulo.
- ✓ Termo de Declaração de Gilberto José do Carmo Batista, que prestou serviços para empresas do grupo Distribuidora São Paulo, no período de outubro de 2005 a meados de 2008.
- ✓ Termo de Declaração de Erikson Tesolini Viana, que trabalhou no Banco Real, agência 0874, no período de novembro de 2007 a julho de 2009, e que analisou solicitações de empréstimo ao grupo de empresas da Distribuidora São Paulo.
- ✓ Termo de Declaração de Fabricio Borges Penhalves, que trabalhou na Caixa Econômica Federal, agência 0168, no período 2006 a 2010, e que analisou solicitações de empréstimo ao grupo de empresas da Distribuidora São Paulo.
- ✓ Termo de Declaração de Joana Darc Valente B. Vasconcelos, que trabalhou no Banestes, agência 183, no período de janeiro de 2008 a 2010, e que analisou solicitações de empréstimo ao grupo de empresas da Distribuidora São Paulo.
- ✓ Termo de Declaração de Valeria Feitosa dos Santos Ghidetti, no Banestes, agência 183, no período de 2004 a 2009, e que analisou solicitações de empréstimo ao grupo de empresas da Distribuidora São Paulo.

- ✓ Termo de Declaração de Wanderley Muniz de Oliveira, no Banestes, agência 183, no período de 2007 a 2009, e que analisou solicitações de empréstimo ao grupo de empresas da Distribuidora São Paulo.
- ✓ Termo de Declaração de Rosely Gomes Falcão Paulo, no Banestes, agência 183, no período de 2007 a 2009, e que analisou solicitações de empréstimo ao grupo de empresas da Distribuidora São Paulo.
- ✓ Termo de Declaração de Valter Denadai Junior, no Banestes, agência 183, no período de 2006 a 2008, e que analisou solicitações de empréstimo ao grupo de empresas da Distribuidora São Paulo.
- ✓ Termo de Declaração de Lilian de Almeida Cassa, no Banestes, agência 183, no período de 2008 a 2010, e que analisou solicitações de empréstimo ao grupo de empresas da Distribuidora São Paulo

Dessa maneira, foi procedida a exclusão do Simples Nacional, com a qual concordo, com efeitos a partir de 01/07/2007, de todas as empresas componentes do grupo econômico de fato, incluindo a Recorrente, em virtude das mesmas terem os seus quadros societários formados por interpostas pessoas, de acordo com o disposto no inciso IV e § 1º do art. 29 da Lei Complementar nº 123/2006, *in verbis*:

Art. 29. A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando:

...

IV - a sua constituição ocorrer por interpostas pessoas;

...

§ 1º Nas hipóteses previstas nos incisos II a XII do caput deste artigo, a exclusão produzirá efeitos a partir do próprio mês em que incorridas, impedindo a opção pelo regime diferenciado e favorecido desta Lei Complementar pelos próximos 3 (três) anos-calendário seguintes.(grifo nosso)

Esta mesma Lei Complementar, no § 4º, do seu art. 3º, veda o benefício do tratamento jurídico diferenciado em diversas situações, *in verbis*:

"§4º Não poderá se beneficiar do tratamento jurídico diferenciado previsto nesta Lei Complementar, incluído o regime de que trata o art. 12 desta Lei Complementar, para nenhum efeito legal, a pessoa jurídica:

I - de cujo capital participe outra pessoa jurídica;

II - que seja filial, sucursal, agência ou representação, no País, de pessoa jurídica com sede no exterior;

III - de cujo capital participe pessoa física que seja inscrita como empresário ou seja sócia de outra empresa que receba tratamento jurídico diferenciado nos termos desta Lei Complementar, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do **caput** deste artigo;

IV - cujo titular ou sócio participe com mais de 10% (dez por cento) do capital de outra empresa não beneficiada por esta Lei Complementar, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do **caput** deste artigo;

V - cujo sócio ou titular seja administrador ou equiparado de outra pessoa jurídica com fins lucrativos, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do **caput** deste artigo;

VI - constituída sob a forma de cooperativas, salvo as de consumo;

VII - que participe do capital de outra pessoa jurídica;

VIII - que exerça atividade de banco comercial, de investimentos e de desenvolvimento, de caixa econômica, de sociedade de crédito, financiamento e investimento ou de crédito imobiliário, de corretora ou de distribuidora de títulos, valores mobiliários e câmbio, de empresa de arrendamento mercantil, de seguros privados e de capitalização ou de previdência complementar;

IX - resultante ou remanescente de cisão ou qualquer outra forma de desmembramento de pessoa jurídica que tenha ocorrido em um dos 5 (cinco) anos-calendário anteriores;

X - constituída sob a forma de sociedade por ações.

XI - cujos titulares ou sócios guardem, cumulativamente, com o contratante do serviço, relação de pessoalidade, subordinação e habitualidade."

Diante de tais fatos e comprovações acerca da interposição de pessoas, situação vedada para permanência da pessoa jurídica no Simples Nacional, não vejo embasamento para o inconformismo da Recorrente e reforma do acórdão de piso, pois como bem nele constou: *"a interposição de pessoas fica configurada no momento em que membros da família e amigos, que não exerciam qualquer função nas empresas do grupo, integravam seus quadros societários; ou ainda, quando demonstrado que os familiares que trabalhavam nas empresas exerciam suas funções sob o comando de Edivaldo Comério. Diante da vedação legal de Edivaldo Comério figurar no quadro societário das empresas e se beneficiar do regime tributário simplificado, interpostas pessoas é que se tornaram sócias das várias pessoas jurídicas integrantes do grupo econômico"*.

Outrossim, consoante conclusão do julgador de primeira instância, que tem minha anuência, com os termos de declaração anexados pela fiscalização são convergentes e demonstram a ocorrência dos seguintes fatos:

i) há um controle centralizado da direção das empresas por Edivaldo Comério;

ii) várias pessoas que figuravam no quadro societário não exerciam qualquer função de gerência nas empresas, e constaram do quadro social a pedido de Edivaldo Comério;

iii) várias das empresas integrantes são administradas por membros da mesma família e exercem atividades empresariais de um mesmo ramo - revenda de artigos de vestuário, cama, mesa e banho;

iv) os prestadores de serviços contábeis e os funcionários dos bancos em que as empresas tinham conta bancária corroboram a afirmação de que havia um grupo econômico de fato, controlado por Edivaldo Comério;

v) existência de documentos comprobatórios da formação do grupo econômico, tais como cópias de Propostas de Abertura de Contas, procurações, cheques,

contratos de empréstimos, contratos de locação, fitas de caixa que demonstram transferências de recursos efetuadas entre as empresas do grupo etc.

Ademais, releva ressaltar que em razão da exclusão do Simples Nacional, conforme, inclusive, já mencionado, foi lavrado o Processo nº 15586720.522/2012-15, em 17/12/2012, apurando e cobrando as diferenças de contribuições apuradas a título de IRPJ, PIS, CSLL e COFINS bem como as demais penalidades aplicadas. Ao Recurso Voluntário, interposto nestes autos com reflexos no processo ora examinado, foi negado provimento em 10/04/2018, cuja decisão restou assim ementada:

ALEGAÇÕES DE CERCEAMENTO DE DEFESA. NULIDADE. Verificado que a fiscalização cumpriu os requisitos formais e materiais estabelecidos pelas normas legais de regência, especialmente quanto a descrição das irregularidades apuradas, não há que se falar em nulidade da autuação, tampouco das exclusões do Simples.

SIMPLES. EXCLUSÃO DE OFÍCIO RETROATIVA E AUTO DE INFRAÇÃO CONCOMITANTE. Correta a exclusão retroativa do Simples Nacional de empresa que não poderia optar por esses regimes de tributação beneficiada, em face de o montante real de suas receitas exceder o limite legal e outras irregularidades, bem como das empresas coligadas, em realidade filiais; correto também o concomitante lançamento de ofício dos tributos devidos.

OMISSÃO DE RECEITAS. REGISTROS CONTÁBEIS DA EMPRESA. PROCEDÊNCIA DO RMF EMITIDO. Verificada a omissão de receitas na própria escrituração da empresa, no confronto com os valores informados à Receita Federal, correta a exigência das diferenças de tributos devidos mediante lançamento de ofício, no Regime de Tributação aplicável ao contribuinte, no caso, lucro presumido. Não há que se falar em ilegalidade do RMF e seu uso, para subsidiar a constatação dos fatos infracionais.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA SOLIDÁRIA E PESSOAL. São coobrigados os que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal e, comprovada a prática de ilícitos tributários por dirigentes de pessoas jurídicas para evadir-se tributação, deve a responsabilidade tributária recair sobre aqueles que se beneficiaram desses procedimentos, bem como sobre as empresas criadas para esse fim.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. Caracterizado o intuito de fraudar o Fisco, mediante a fragmentação das receitas da empresa, correta a aplicação da multa no percentual de 150%. JUROS DE MORA À TAXA SELIC. O crédito tributário não integralmente pago no vencimento, principal e multa de ofício, é acrescido de juros de mora à taxa Selic, seja qual for o motivo determinante da falta, por expressa determinação legal. (Acórdão nº 1402-003.006, Relator: Marco Rogério Borges, Data: 10/04/2018)

Do voto condutor extrai-se:

“(…) No caso concreto, está nítido a aplicação do inc. IV do art. 29 da LC 123/2006, dadas as circunstâncias envolvidas no caso de ter ocorrido a constituição de empresas do grupo por interpostas pessoas.

(…) o todo exposto nos autos comprovou o evidente intuito de fraude na formação do grupo econômico denominado Distribuidora São Paulo, gerida pelo Sr. Edivaldo Comério e sua esposa e filhos.

Como consta no Termo de Verificação de Infração, na fl. 1362 e ss dos autos:

Os fatos até aqui relatados revelam EDIVALDO COMÉRIO, principal gestor do grupo econômico DISTRIBUIDORA SÃO PAULO, juntamente com sua esposa JORGETE COUTINHO COMÉRIO e seus filhos, MAICKEL COMÉRIO, MILENE COMÉRIO e MIRELA COMÉRIO, montaram estrategicamente o referido grupo com diversas pessoas jurídicas de mesmo objeto social e quadros societários formados por interpostas pessoas com grau de parentesco ou afinidade com EDIVALDO COMÉRIO. A constituição do referido grupo econômico liderado pela empresa HOUSE CONFECÇÕES LTDA teve como único intento pulverizar a Receita Bruta, Movimentação Financeira e Capital Social da empresa líder para usufruir indevidamente tributação privilegiada do regime tributário favorecido do SIMPLES NACIONAL, fraudando os objetivos sociais do referido Instituto Jurídico, com a consequente sonegação do Imposto de Renda e das Contribuições Federais devidas.

No Termo ainda explica várias situações para justificar a adoção da qualificação, quais sejam:

- As empresas do grupo não tinham autonomia patrimonial e administrativa, sendo totalmente centralizada no prédio da House Confecções Ltda;
- Os Srs. Edivaldo Comério, sua esposa e filhos tinham as funções de administradores do referido grupo, e atuaram como procuradores, com amplos poderes para todas as necessidades comerciais das empresas do grupo;
- A necessidade da formação do grupo econômico desta maneira não foi elidida e nem justifica por outra forma comprovada, conforme investigação dos argumentos apresentados no procedimento fiscal.

Há neste arcabouço probatório toda uma demonstração da intenção dolosa dos administradores do grupo de burlar sua estrutura incorrendo nos arts. 71 a 73 da Lei nº 4.502/1964.

Nas palavras do v. acórdão recorrido:

Não resta dúvida de que a falsidade material deixa exposto o evidente intuito de fraude, porém, o dolo elemento subjetivo do tipo qualificado tributário ou do tipo penal também está presente quando a consciência e a vontade do agente para a prática da conduta (positiva ou omissiva) exsurtem de atos que tenham por finalidade impedir ou retardar o conhecimento, por parte da autoridade fazendária, da ocorrência do fato gerador e de suas circunstâncias materiais, necessárias a sua mensuração.

Diante de tais circunstâncias, não se concebe que outra tenha sido a intenção do sujeito passivo que não a de ocultar do fisco a ocorrência dos fatos geradores da obrigação tributária principal, de modo a evitar seu pagamento, o que evidencia o intuito de fraude e obriga à qualificação da penalidade.

Além do mais, além do exclusão do Simples, pela formação artificial de várias empresas, há omissão de valores na revenda de mercadorias e prestação de serviços, conforme especificados nos autos de infração.

Tudo isto posto, e nos fundamentos bem amplos apresentados no v. acórdão recorrido, NEGOU PROVIMENTO ao recurso voluntário quanto a este item.

Quanto a alegação da inexistência dos requisitos legais para a responsabilização solidária das recorrentes, e esta caberia apenas ao Sr. Edivaldo Comério

Alegam as recorrentes que o auto de infração fez incluir como responsáveis solidários as recorrentes que não participam da gestão das empresas, mas atuaram como meros

partícipes equiparados a funcionários. O Sr. Edivaldo Comério é que centralizava toda a gestão das empresas, e isso ficou provado na autuação fiscal.

Compulsando os autos, se sobressai que os sócios que constavam do contrato social das empresas do grupo econômico são realmente pessoas interpostas, à exceção das pessoas familiares do Sr. Edivaldo Comério.

As pessoas físicas do Sr. Edivaldo Comério, que na peça recursal assume toda a responsabilidade pela gestão, da Sra. Jorgete Coutinho Coméria, sua esposa, e seus filhos, Sr. Maickel Comério, Milene Comério e Mirela Comério tem papel de destaque, até pelos laços familiares.

Cabe destacar que, em declaração do próprio Sr. Edivaldo, no transcorrer do procedimento fiscal, conforme citado no TVF no item "4", afirma que sua esposa e filhos administram o grupo de empresa. Os demais sócios, a exceção da esposa e filhas, entraram nas empresas somente para compor o quadro societário.

Conforme TVF, em vários pontos, e de forma sucinta, sua esposa, Sra. Jorgete, e seus filhos, aparecem em contratos de locação como fiadora, em conjunto com seu marido. Também assinaram a abertura de algumas contas correntes, e tinham procurações de algumas empresas. Assinaram alguns cheques de empresas do grupo, bem como foram avalistas de empréstimos bancários.

Ou seja, os fatos trazidos aos autos pela autoridade não vão ao encontro do alegado pelas recorrentes que apenas o Sr. Edivaldo gerenciava tudo. **Havia, nitidamente, a participação das pessoas do seu grupo familiar no gerenciamento do grupo de empresas, e não de forma de interposta pessoa, e sim, ativamente.**

A mera alegação do mesmo na sua peça recursal, algo que não foi feito na sua peça impugnatória, da sua responsabilidade única parece ter o efeito de exonerar a responsabilidade de seus familiares.

Contudo, não basta alegar. Precisaria, de alguma forma, demonstrar isso, o que não foi feito pela parte recorrente, ao contrário do que foi demonstrado pela autoridade fiscal.

Assim, entendo que oportuno a responsabilização de todas pessoas físicas e jurídicas conforme o Termo de Verificação da Infração, aplicando-se os arts. 124, I e 135, III do CTN. (...)

No caso concreto, está nítido a aplicação do inc. IV do art. 29 da LC 123/2006, dadas as circunstâncias envolvidas no caso de ter ocorrido a constituição de empresas do grupo por interpostas pessoas. (...)

Conclusão:

Nos termos do voto acima, REJEITAR as preliminares suscitadas, e no mérito, NEGAR PROVIMENTO INTEGRAL ao recurso voluntário da recorrente e dos sujeitos passivos solidários". (Negritou-se)"

Destaque-se em consulta, na data de 02/02/2022, ao *sítio* <https://comprot.fazenda.gov.br/comprotegov/site/index.html#ajax/processo-consulta-dados.html>, constatou-se que, inclusive, o mencionado Processo nº 15586720.522/2012-15 já foi. Inclusive, encaminhado para Procuradoria da Fazenda Nacional em 23/11/2018.

Importante trazer à baila, inda, sobre a formação de grupo econômico, o Parecer Normativo Cosit/RFB, nº 04, de 10 de dezembro de 2018, esclarece:

Grupo econômico irregular

20. O primeiro questionamento da consulta interna que ensejou o presente Parecer Normativo foi: "o art. 124, do CTN, admite a responsabilização solidária por débitos tributários entre componentes do mesmo grupo econômico quando restar comprovada a existência de liame inequívoco entre as atividades desempenhadas por seus integrantes mediante comprovação de confusão patrimonial ou de outro ato ilícito contrário às regras societárias?".

20.1. Na jurisprudência e na doutrina, a hipótese mais tratada para a responsabilização solidária é para o que se denominou "grupo econômico", especificamente quando há abuso da personalidade jurídica em que se despreza a autonomia patrimonial e operacional das pessoas jurídicas mediante direção única. [...]

22. Desta feita, não é a caracterização em si do grupo econômico que enseja a responsabilização solidária, mas sim o abuso da personalidade jurídica de pessoa jurídica, a qual existe apenas formalmente, uma vez que inexiste autonomia patrimonial e operacional. Nesta hipótese, a divisão de uma empresa em diversas pessoas jurídicas é fictícia. A direção e/ou operacionalização de todas as pessoas jurídicas é única. O que se verifica nesta hipótese é a existência de um grupo econômico irregular, terminologia a ser utilizada no presente Parecer Normativo. [...]

Nesta senda, o conjunto fático-probatório formado nestes autos, combinado com coligido no processo nº 15586.720522/2012-15, demonstra a configuração de abuso de personalidade jurídica, sendo que restou claramente demonstrada a confusão patrimonial entre as empresa, com o único objetivo de alcançar a diminuição indevida da carga tributária, com desrespeito às vedações da Lei Complementar nº 123/2003.

Assim, diversamente do entendimento da Recorrente que não demonstrou nos autos quaisquer fatos ou provas que indicassem e comprovasse o contrário, restou, pois, evidenciada a existência de grupo econômico de fato e da interposição de pessoas, sendo legítima a exclusão com base no inciso IV, do art. 29, e § 1º, da LC nº 123/2006, ante à subsunção do fato à norma que tem como consequência a exclusão do Simples Nacional pela confirmação de que sua constituição ocorreu, repise-se, por interpostas pessoas.

Por fim, quanto aos efeitos, entendo que a legislação foi aplicada corretamente ao presente caso, não havendo que se falar em equívoco na interpretação do texto legal, devendo prevalecer a decisão recorrida, n os seguintes termos:

(...) O primeiro ato declaratório (ADE nº 42/2012) produziu efeitos a partir de 01/07/2007.

Nos termos do § 1º, do art. 29, da Lei Complementar nº 123/2006, o contribuinte excluído com base no inciso IV, fica impedido de optar pelo regime diferenciado nos três anos-calendário seguintes. Logo, seus efeitos terminaram em 31/12/2010.

Por isso a necessidade de emissão deste novo ato declaratório, visto que foi apurada situação similar no período de 2009 a 2011”.

A legislação foi aplicada corretamente ao presente caso, não havendo que se falar em equívoco na interpretação do texto legal.

Portanto, nos termos da legislação de regência, quando ocorrer constituição de empresas por interpostas pessoas, como no caso em voga, a exclusão produzirá efeitos a partir do

próprio mês em que incorrida, impedindo a opção pelo regime diferenciado pelos próximos três anos-calendário seguintes, mais especificamente, nestes autos, a partir de 01/01/2011.

No que concerne à interpretação da legislação e aos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, cabe esclarecer que somente devem ser observados os atos para os quais a lei atribua eficácia normativa, o que não se aplica ao presente caso (art. 100 do Código Tributário Nacional).

Atinente aos princípios constitucionais, cabe ressaltar que o CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária, uma vez que no âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade (art. 26-A do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, art. 72 do Anexo II do Regimento Interno do CARF e Súmula CARF nº 2).

Ante o exposto, oriento meu voto no sentido de rejeitar a preliminar suscitada e, no mérito, em negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça